

DAVIDE SARTI

## **Concorrenza, importazioni parallele e discriminazioni territoriali: osservazioni sul caso *Glaxo***

Sommario: 1. La *rule of reason*, il problema “politico” della discriminazione dei prezzi e la “rivoluzione” *Glaxo*. – 2. I primi commenti a *Glaxo*. – 3. La tradizionale *rule* di illegittimità di politiche di prezzo discriminatorie. – 4. Il sovvertimento della *rule* da parte di *Glaxo* e i problemi che esso determina: A) la sfuggente nozione di “consumatore”; - 5. B) la sottrazione alla Commissione del potere di definire una *rule* di divieto di discriminazione; - 6. C) obbligo di motivazione o *probatio diabolica*? – 7. Dall’ideologia all’effettività: incentivi all’iniziativa imprenditoriale o interesse alla massimizzazione di valori aggregati? – 8. Conclusioni.

1. E’ ampiamente noto il dibattito suscitato dalle proposte di interpretazione del diritto *antitrust* secondo una *rule of reason*, che prenda in considerazione e bilanci in ciascun caso concreto gli effetti positivi e negativi dei comportamenti suscettibili di restringere la concorrenza. Non voglio qui entrare in tutti i dettagli di questo dibattito. Trovo tuttavia discutibile una tendenza generale sottostante alle tesi favorevoli all’estensione della *rule of reason*, per lo meno nel contesto del diritto dell’UE: e cioè la tendenza a svalutare i dati normativi del Trattato e le scelte politiche ad esso sottostanti. La tendenza favorevole all’applicazione del diritto *antitrust* secondo una *rule of reason* ricostruita aprioristicamente e indipendentemente da una riflessione relativa al dato normativo ed alle scelte politiche del legislatore emerge a mio avviso in modo particolarmente evidente dalla sentenza di Corte di giustizia, 6 ottobre 2009, *Glaxo*, che costituisce una presa di posizione a favore della *rule of reason* rivoluzionaria, e sorprendente alla luce della storia della legislazione e della giurisprudenza europea.

Nel caso *Glaxo*, le autorità europee erano nuovamente chiamate a valutare la legittimità delle restrizioni alle importazioni parallele di prodotti immessi lecitamente in circolazione nel mercato unico. La fattispecie esaminata in *Glaxo* riguardava in particolare accordi restrittivi predisposti dal produttore di medicinali e conclusi con i suoi distributori, in un contesto in cui erano riscontrabili significativi differenze dei prezzi praticati nei diversi stati membri. Le restrizioni alle importazioni parallele cercavano quindi di mantenere queste differenziazioni, impedendo ai distributori di acquistare i medicinali per i prezzi meno elevati praticati in alcuni territori, e di rivenderli negli stati dove i prezzi praticati dal produttore erano più alti.

In linea di principio la concorrenza delle importazioni parallele dovrebbe favorire un allineamento dei prezzi in tutti i paesi dell’UE: la pratica di corrispettivi più elevati su alcuni territori non dovrebbe essere infatti sostenibile quando è esposta alla concorrenza dei prodotti venduti a prezzi più bassi su altri paesi, e da qui esportati e rivenduti per prezzi corrispondentemente inferiori. Il funzionamento di questo meccanismo nei mercati “amministrati”, come quello dei medicinali, dove il livello dei prezzi è controllato da pubbliche autorità operanti a livello statale, è per la verità discusso. L’esistenza di sistemi pubblici di controllo dei prezzi è stata in

effetti valorizzata proprio nel caso Glaxo dalla decisione di primo grado del Tribunale UE, riformata sul punto dalla Corte. Sulla base di un complesso (e discutibile) ragionamento, il Tribunale aveva ritenuto che le restrizioni alle importazioni parallele potessero non produrre “effetti” anticoncorrenziali, in un sistema in cui il differenziale dei prezzi derivava dall’esistenza di sistemi di regolamentazione diversificati a livello statale. Credo tuttavia che l’esame di questo aspetto rischierebbe di sviare l’attenzione dai veri problemi posti dal caso Glaxo, e dai principi confermati nella sentenza della Corte: che da un lato non ha seguito sul punto il ragionamento del Tribunale; e dall’altro (e soprattutto) ha svolto le proprie considerazioni relative all’accettabilità delle restrizioni territoriali in termini generali, senza specificamente valorizzare l’esistenza di differenze di prezzo dovute (anche) a normative pubblicistiche.

Il ragionamento della Corte presuppone (ragionevolmente) che anche in un contesto di regolamentazione dei prezzi come quello dei medicinali le importazioni parallele potrebbero comunque contribuire a diminuire i differenziali esistenti negli stati membri. Ugualmente la Corte ammette (in ciò confermando la valutazione del Tribunale) che il mantenimento di prezzi differenziati potrebbe produrre effetti positivi sul piano degli investimenti nell’attività di ricerca farmaceutica, attraverso un incremento dei ricavi potenzialmente destinabili per lo sviluppo di nuovi medicinali. Questi effetti positivi potrebbero dunque consentire l’applicazione dell’eccezione legale dell’art. 101.3 TFUE (corrispondente al precedente art. 81.3, applicabile all’epoca del caso, deciso inoltre in base alla precedente disciplina di autorizzazione in deroga). La Corte ha dunque confermato la sentenza del Tribunale: e perciò l’annullamento per difetto di motivazione della decisione della Commissione, che non aveva considerato i possibili effetti positivi della restrizione dal punto di vista dell’interesse all’incremento degli investimenti in attività di ricerca. In questa prospettiva il ragionamento della Corte implica inevitabilmente che il divieto di discriminazione territoriale è estraneo alla categoria dei valori “non negoziabili” (o, in altri termini, delle *rules*). Anche l’interesse ad evitare discriminazioni diviene ora assoggettato a bilanciamento, secondo una prospettiva di *rule of reason*: ed in particolare deve essere bilanciato con gli effetti positivi che l’attività di ricerca determina per i consumatori.

2. I primi commenti alla sentenza Glaxo rivelano apparentemente l’esistenza di diversi orientamenti dottrinali. Alcuni commentatori prendono atto con soddisfazione che Glaxo finalmente elimina dall’ambito *antitrust* le valutazioni di interessi ad esso estranei, come quello all’integrazione dei mercati nazionali, e si concentra sull’esigenza di accertare un effettivo pregiudizio dei consumatori (Colangelo). Queste opinioni hanno il pregio di evidenziare la discontinuità di Glaxo rispetto ad una precedente tradizione in cui l’obiettivo di integrazione dei mercati nazionali era considerato sottostante anche al diritto *antitrust*, ma non possono convincere. La tesi secondo cui l’obiettivo di integrazione dei mercati è estraneo all’ambito *antitrust* mi sembra infatti aprioristica, e chiaro sintomo della evidenziata tendenza ad applicare la *rule of reason* secondo preconcetti discutibili, e comunque in contrasto

con dati sistematici e normativi. Così, ad esempio, mi chiedo perché il divieto *anti-trust* di praticare condizioni dissimili per prestazioni equivalenti degli artt. 101.1, lett. d) e 102.1, lett. c), TFUE non dovrebbe applicarsi per impedire discriminazioni territoriali dei prezzi. Più in generale, è discutibile l'idea secondo cui l'interesse all'integrazione dei mercati dovrebbe essere perseguito soltanto dalle norme rivolte ai legislatori nazionali, e non anche dalla disciplina (come quella *antitrust*) dei comportamenti delle imprese. In realtà la distinzione fra norme rivolte agli stati e rispettivamente alle imprese non è affatto netta: e così ad esempio per parte mia ho cercato di dimostrare che le norme nazionali sull'esaurimento di diritti di proprietà intellettuale, pur costituendo innegabilmente norme statali, ad un tempo circoscrivono in senso più o meno ampio i limiti di autonomia imprenditoriale, e nel caso di specie i limiti entro cui i privati possono adottare politiche di offerta frazionate per stati, potenzialmente discriminatorie (Sarti). Appare francamente strano dire che le norme statali sull'esaurimento possono risultare illegittime per il loro effetto restrittivo della libera circolazione delle merci, ma che ad un tempo la legittimità di identiche restrizioni territoriali introdotte a livello pattizio non determina di per sé problemi di legittimità. In particolare l'idea secondo cui le imprese potrebbero esercitare un potere di mercato per introdurre discriminazioni vietate ai legislatori nazionali suscita un certo disagio.

Anche i commenti più cauti (o apertamente critici) nei confronti della sentenza Glaxo non sembrano tuttavia sfuggire alla "trappola" della *rule of reason*. Talvolta questi commenti sottolineano (enfaticamente a mio avviso eccessivamente) la presa di distanza della Corte dal ragionamento del Tribunale, che aveva qualificato illecite per "effetto" e non per "oggetto" le restrizioni territoriali (Desogus/Lamandini). Gli stessi commentatori non discutono tuttavia in linea di principio l'opportunità di verificare se le discriminazioni di prezzo consentono di aumentare i ricavi da investire in attività di ricerca a vantaggio dei consumatori, e al più cautamente dubitano del carattere di necessità della restrizione rispetto all'obiettivo di incentivo all'investimento. Altri commenti ancora più critici nei confronti di Glaxo (Drexl) riconducono pur sempre il problema a quello più generale dell'applicazione della *rule of reason* nei settori dell'innovazione tecnologica, che a sua volta ha trovato nel caso *Microsoft* e nel problema della legittimità dei contratti leganti un importante punto di riferimento e dibattito. In questa prospettiva i commentatori evidenziano giustamente, peraltro secondo uno schema di ragionamento già noto in Italia (Denoza, 1988), la necessità di considerare l'interesse a preservare la libertà di scelta dei consumatori. Evidenziano inoltre altrettanto giustamente la difficoltà di comparare effetti concorrenziali negativi certi con effetti di progresso tecnico futuri ed incerti. L'attrazione di Glaxo nel problema generale dell'applicazione del diritto *antitrust* ai mercati dell'innovazione tecnologica rischia tuttavia di fare perdere di vista alcune peculiarità. Da un lato infatti essa finisce ancora una volta per trascurare l'attrazione nel bilanciamento di valori che in passato erano comunemente ritenuti non bilanciabili, come quello ad impedire discriminazioni territoriali; e reciprocamente anzi sembra assumere la possibilità di sottoporre a bilanciamento qualsiasi tipo di valore, salvo poi concretamente concludere che alcune tipologie di ef-

fetti negativi sono normalmente e presumibilmente superiori ad ipotizzati effetti positivi della restrizione. D'altro canto nella prospettiva di astratta accettazione del bilanciamento degli effetti negativi delle restrizioni territoriali, la possibilità di valorizzare parametri quali la libertà di scelta del consumatore non appare così evidente. L'interesse all'acquisto separato di un prodotto offerto congiuntamente ad un altro è abbastanza chiaro; l'interesse ad acquistare il medicinale da un importatore parallelo non è invece l'interesse a scegliere un prodotto rispetto ad un altro, ma è tipicamente l'interesse ad acquistare un prodotto al prezzo minore possibile, così che la libertà di scelta del consumatore non aiuta a misurare gli effetti negativi della restrizione concorrenziale. Il consumatore subisce in tali casi non tanto un danno alla libertà di scelta, ma essenzialmente un danno in termini di "maggiore prezzo". Il danno subito dall'imposizione di prezzi maggiori può d'altro canto essere più facilmente misurabile rispetto al danno alla libertà di scelta, ed in una prospettiva di *rule of reason* potrebbe sembrare più facilmente comparabile con il vantaggio derivante dai maggiori investimenti nell'innovazione tecnologica.

3. Io credo che Glaxo non debba essere letta (e criticata) semplicemente quale esempio particolare di una più generale tendenza ad estendere il giudizio di bilanciamento degli effetti positivi e negativi dei comportamenti restrittivi della concorrenza. Credo invece che Glaxo assuma un significato ben più dirompente, e tale da rimettere in discussione lo stesso fondamento "ideologico" delle tesi favorevoli a generalizzare l'applicazione del diritto della concorrenza secondo una *rule of reason* di comparazione concreta degli interessi in conflitto. Credo inoltre che questo significato di Glaxo sia percepibile leggendo la sentenza della Corte (e del Tribunale) anzitutto in prospettiva storica, alla luce della tradizionale interpretazione delle norme del Trattato precedentemente pacifica presso la stessa Corte. In questa prospettiva emerge a mio avviso che l'orientamento tradizionale in materia di divieto di discriminazioni territoriali non era indice sintomatico di una rozza estensione dei principi di libera circolazione delle merci alla materia della concorrenza, ma esprimeva in realtà una scelta politica su cui si poteva fondare una interpretazione del diritto *antitrust* sistematicamente coerente. La sentenza Glaxo sovverte invece questo quadro, e ad un tempo apre la strada per una ricostruzione del diritto *antitrust* assai meno lineare di quella tradizionale, e per nulla giustificata dalle ragioni "ideologiche" addotte in favore dell'applicazione della *rule of reason*.

L'atteggiamento tradizionale della giurisprudenza europea nei confronti delle restrizioni territoriali è ricavabile dall'interpretazione di due distinti ordini di norme, che ha tuttavia portato a risultati convergenti. Una prima linea di interpretazione ha avuto ad oggetto le norme sul principio di libera circolazione delle merci ed i possibili conflitti con la protezione territoriale attribuita dai legislatori nazionali ai diritti di proprietà intellettuale. Qui assume particolare significato l'elaborazione del principio di esaurimento comunitario, secondo cui i diritti di proprietà intellettuale non possono essere esercitati dal titolare per impedire le importazioni in uno stato membro di prodotti messi in circolazione dal titolare medesimo o con il suo consenso in un altro paese membro. Il principio dell'esaurimento preclude quindi al

titolare dei diritti di proprietà intellettuale di compartimentare il mercato interno della UE, liberalizza le importazioni parallele, ed ostacola la possibilità di mantenere prezzi differenziati sui differenti mercati. Questo principio è stato d'altro canto formulato (almeno originariamente) dalla Corte di giustizia in termini generali e assoluti: ad esempio indipendentemente dal fatto che il prodotto fosse stato originariamente messo in commercio in uno stato in cui non esisteva un brevetto parallelo a quello del paese di importazione (eventualità in passato relativamente frequente proprio nel settore dei farmaci, per i quali la brevettabilità ha trovato storicamente numerose resistenze e non è stata legislativamente prevista contemporaneamente in tutti gli stati). In questo contesto, e a maggior ragione, la possibilità di limitare l'applicazione del principio dell'esaurimento per tutelare l'interesse ad aumentare gli investimenti nel settore della ricerca era evidentemente del tutto estranea al pensiero degli organi comunitari. Il principio dell'esaurimento (coerentemente del resto alla sua origine storica) costituiva una *rule* che sempre e comunque sacrificava l'interesse a remunerare gli investimenti nella ricerca attraverso una politica differenziata di prezzi; e reciprocamente non consentiva di comparare di volta in volta questo interesse con il sacrificio dei consumatori danneggiati da una politica di prezzi elevati.

Una seconda linea interpretativa ha avuto ad oggetto specificamente le norme del diritto *antitrust*, ed ha costantemente ribadito l'illiceità delle restrizioni territoriali, escludendo ad un tempo che queste restrizioni potessero essere giustificate dai presupposti dell'eccezione legale (o, in passato, dell'autorizzazione in deroga). Questo atteggiamento emerge in particolare dalla giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alle clausole restrittive contenuti in accordi di distribuzione e di licenza di brevetto, nonché dalle clausole della "lista nera" contenuta nei vari regolamenti di esenzione, che se ben vedo sempre e sistematicamente hanno escluso dalle categorie ammesse al beneficio dell'art. 101.3 TFUE (nella precedente numerazione degli art. 85.3 Tr. CEE e 81.3 Tr. CE) gli accordi contenenti limitazioni alle importazioni parallele. La diffidenza nei confronti delle limitazioni alle importazioni parallele è ulteriormente testimoniata dall'inapplicabilità dei limiti di percentuale di fatturato definiti in via generale dalla Commissione per identificare gli accordi di importanza minore, inidonei ad incidere in misura sensibile sulla concorrenza. Questo orientamento della Commissione può far sorgere forse qualche perplessità, in quanto a rigore il problema della "quantificazione" degli effetti restrittivi parrebbe concettualmente distinto da quello della qualificazione sostanziale di un certo comportamento. L'orientamento della Commissione non pare tuttavia irragionevole in una prospettiva di valutazione "politica" della particolare gravità degli effetti delle restrizioni territoriali: gravità che può in effetti giustificare la chiusura del "porto sicuro" della definizione degli accordi di importanza minore. In questa prospettiva il principio dell'esaurimento e la tradizionale interpretazione delle norme *antitrust* del Trattato convergevano verso un obiettivo politico unitario e coerente: e cioè l'obiettivo di considerare inaccettabili le restrizioni territoriali, indipendentemente da qualsiasi valutazione di loro eventuali effetti positivi, e persino dalla valutazione di un pregiudizio sensibile alla concorrenza. L'assenza di un

pregiudizio sensibile alla concorrenza non rileva infatti sul piano dell'applicazione del principio dell'esaurimento, mentre sul piano *antitrust* tende a ridursi ad ipotesi assolutamente marginali, comunque mai chiaramente enunciate dagli organi comunitari. Già si è visto infine che questa tradizionale convergenza dei risultati cui portano il principio dell'esaurimento e rispettivamente i tradizionali criteri di interpretazione del diritto *antitrust* non pare affatto casuale, né pare dovuta ad un'impropria sovrapposizione della disciplina della libera circolazione delle merci a quella della concorrenza. La coincidenza di risultati riflette invece l'esigenza di dare una soluzione politica unitaria e coerente ad un unico problema di fondo: e cioè al problema della legittimità dell'esercizio del potere imprenditoriale funzionale all'interesse ad attuare politiche di prezzo discriminatorie all'interno della UE.

4. Alla luce dell'interpretazione storica delle norme del Trattato, e in particolare del divieto assoluto di discriminazione territoriale, Glaxo segna dunque un punto di svolta "epocale", in quanto per la prima volta riconosce che queste discriminazioni possono rientrare nell'eccezione legale dell'art. 101.3 TFUE, qualora in concreto risultino giustificate dall'interesse a incrementare gli investimenti nella ricerca. Il rovesciamento della prospettiva tradizionale postula tuttavia il superamento di una serie di problemi, di cui la motivazione della Corte di giustizia non sembra farsi carico.

Un primo problema si pone in quanto l'eccezione legale dell'art. 101.3 TFUE presuppone non semplicemente che la restrizione concorrenziale produca effetti positivi sul piano del progresso tecnico, ma anche che questi effetti vadano almeno in parte a beneficio degli utilizzatori. L'applicazione dell'eccezione legale non può dunque reggersi semplicemente sull'interesse all'incremento degli investimenti nell'attività di ricerca, ma presuppone anche che i consumatori beneficino del relativo risultato. In questa prospettiva occorrerebbe allora farsi carico della problematicità della nozione di consumatore. Ora qui l'interpretazione tradizionale procede ragionevolmente dall'idea che la restrizione debba produrre effetti positivi nell'ambito di una cerchia di consumatori tendenzialmente corrispondente a quella colpita dagli effetti negativi: e dunque possa astrattamente avvantaggiare gli acquirenti del prodotto colpito dalla restrizione, non gli acquirenti di prodotti ulteriori e diversi (Toffoletti). Parte della dottrina ha poi ulteriormente precisato che gli stessi consumatori colpiti dalla restrizione possono essere portatori di interessi diversi, e perciò possono essere avvantaggiati in misura diversa dagli effetti dell'intesa; e che in queste situazioni gli organi chiamati all'applicazione del diritto della concorrenza devono necessariamente operare una valutazione "politica" del conflitto fra posizioni contrapposte (Denozza). Il caso Glaxo poneva tuttavia un problema logicamente ancora anteriore, e cioè quello dell'applicazione dell'eccezione legale anche in ipotesi dove nessun acquirente dei prodotti colpiti dalla restrizione ha ragione di attendersi vantaggi ulteriori e diversi da quelli che potrebbero andare a beneficio di qualunque terzo, che pure non sia interessato all'acquisto di questi prodotti, e perciò non subisca gli effetti del comportamento restrittivo. Così, ad esempio, è immaginabile che il consumatore colpito da un contratto legante di *software* sia speci-

ficamente interessato a che il programma venga costantemente perfezionato. In tale prospettiva il medesimo consumatore potrebbe in alcuni casi compensare lo svantaggio della restrizione con il vantaggio costituito dal progressivo miglioramento del programma, incentivato dalla pratica legante e dalla possibilità di reinvestimento in ricerca dei maggiori utili così realizzati. Pare invece azzardato ipotizzare che il consumatore interessato alla cura del raffreddore sia specificamente interessato ai vantaggi della ricerca nel settore delle malattie della prostata, o comunque che lo sia in misura diversa da chi non soffre di patologie da raffreddamento. La giurisprudenza Glaxo si guarda tuttavia bene dal sostenere (del resto irragionevolmente) che i sovraprofiti realizzati attraverso le discriminazioni territoriali possono essere giustificati da investimenti specifici nel settore della ricerca per lo sviluppo di farmaci relativi alla stessa patologia curata dal farmaco colpito dalla restrizione. La decisione Glaxo valorizza invece l'interesse ad un generale mantenimento del volume degli investimenti nell'attività di ricerca farmaceutica, le cui ricadute sull'uno od altro settore, colpito in misura maggiore o minore dalla restrizione, non sono prevedibili *ex ante*, e rimangono comunque irrilevanti.

Ora a me pare che la valorizzazione di un interesse del consumatore determinato genericamente, e indipendentemente dalla sua qualità di parte colpita dagli effetti negativi della restrizione, non sia sostenibile. Nella prospettiva criticata, è sempre possibile identificare consumatori che potrebbero trarre vantaggio dal comportamento restrittivo: e così ad esempio è astrattamente immaginabile che alcuni consumatori siano anche azionisti della società farmaceutica e beneficino dei maggiori profitti realizzati attraverso la restrizione concorrenziale; con l'ulteriore corollario che l'applicazione dell'eccezione legale potrebbe essere concepita addirittura quando i sovraprofiti realizzati attraverso la restrizione concorrenziale fossero non reinvestiti, ma ripartiti come dividendi a vantaggio dei consumatori azionisti. L'esempio non sembra del resto nemmeno troppo provocatorio, per chi consideri le opinioni della letteratura economica secondo cui la distinzione fra imprese e consumatori sarebbe priva di senso, e che l'interesse dei consumatori dovrebbe venire conseguentemente assorbito in un più generale interesse alla massimizzazione del "benessere collettivo" (Polo). Una simile generalizzazione della nozione di consumatore non può tuttavia essere condivisa alla luce del diritto positivo e della chiara scelta "politica" sottostante all'art. 101.3 TFUE, che vincola l'interprete a dispetto di qualsiasi critica possa esserle mossa sul piano dell'efficienza economica. La specifica valorizzazione del vantaggio del consumatore fra i presupposti dell'eccezione legale dell'art. 101.3 TFUE impedisce di assorbire questo vantaggio all'interno di un generico benessere collettivo, ed impone una specifica identificazione degli utilizzatori avvantaggiati dal comportamento restrittivo.

Per analoghe ragioni, nemmeno credo che il caso Glaxo possa reggersi su un interesse del consumatore "socializzato" nell'interesse generale alla cura di qualsiasi tipo di patologia. Non comprendo infatti perché questa socializzazione dovrebbe operare sul versante dell'interesse al miglioramento delle cure, e non invece sul versante della copertura dei relativi costi: copertura che non sarebbe "socializzata", ma discriminata su base territoriale (anche) attraverso l'esercizio del potere

di mercato delle imprese. L'osservazione riflette del resto un rischio più generale sottostante all' "aggregazione" degli interessi in sede di applicazione del diritto della concorrenza: e cioè il rischio che il preteso interesse alla massimizzazione degli aggregati consenta in realtà alle imprese di redistribuire i costi della produzione secondo il proprio tornaconto personale, eventualmente anche imponendo ad alcuni consumatori sacrifici non compensati da alcuna partecipazione ai vantaggi dei supposti incrementi di efficienza.

Qualche maggiore consistenza avrebbe forse l'obiezione secondo cui la nozione di consumatore rilevante nel settore della ricerca farmaceutica ricomprende non gli utilizzatori finali del farmaco, ma i servizi sanitari che ne sopportano il costo a spese dei contribuenti. In questa prospettiva la socializzazione dell'interesse alla cura delle patologie potrebbe in effetti sembrare argomentabile in relazione alla presenza di meccanismi di socializzazione dei relativi costi. Nella medesima prospettiva peraltro il comportamento discriminatorio dovrebbe essere valutato diversamente in relazione alle tipologie di farmaci "sovvenzionati" dai servizi sanitari nazionali, e rispettivamente dei farmaci venduti a prezzi di mercato; ed anzi a rigore presupporrebbe una "separazione di contabilità" dei costi e dei ricavi nei due settori. La possibilità di considerare i servizi sanitari nazionali quali consumatori rilevanti per l'applicazione dell'art. 101.3 TFUE traspare in effetti dalle decisioni della Corte e del Tribunale, che tuttavia poi svolge il suo ragionamento del tutto indipendentemente dall'esistenza o meno di un sistema di acquisti a carico dello stato. Più in generale, resterebbe da spiegare perché un meccanismo di socializzazione e aggregazione dell'interesse alla cura delle malattie dovrebbe legittimare un comportamento delle imprese tendente a discriminare su base territoriale i vantaggi dei consumatori: e in particolare a fare pagare i costi dell'attività di ricerca in misura maggiore ai servizi sanitari di alcuni paesi; per di più completamente tacendo in merito all'esistenza o comunque alla possibilità di introdurre meccanismi idonei a garantire che i maggiori costi sopportati da alcuni operatori siano almeno uguagliati dai vantaggi specificamente tratti dall'innovazione.

5. Un secondo problema sollevato da Glaxo deriva dal superamento della *rule* tradizionale, secondo cui le restrizioni alle importazioni parallele non erano in passato accettate né dal punto di vista del diritto della proprietà intellettuale, né da quello concorrenziale. In particolare le argomentazioni svolte dalla Corte con riferimento alle ragioni dell'applicazione di una *rule of reason* presuppongono, ma non dimostrano, che il divieto di discriminazione costituisca un valore "bilanciabile" con altri interessi. In un contesto dove all'opposto la non bilanciabilità dell'interesse ad impedire comportamenti discriminatori era costantemente sottinteso dalla giurisprudenza europea, un ripensamento sul punto avrebbe reso necessaria una motivazione di ben altro spessore. La decisione della Corte si spinge tuttavia a ben vedere oltre, in quanto non solo nega che il divieto di discriminazione costituisca un valore necessariamente superiore a qualsiasi ulteriore tipologia di interessi; ma contemporaneamente esclude che l'assoluta prevalenza del divieto di discriminazione possa ispirare la *policy* concorrenziale della Commissione. Questa



lettura della giurisprudenza Glaxo deriva necessariamente dal rilievo secondo cui la Commissione non avrebbe motivato l'assenza di possibili effetti positivi delle restrizioni dal punto di vista dell'aumento degli investimenti nella ricerca. Imporre un obbligo di motivazione in ordine a questi effetti significa allora escludere la possibilità per la Commissione di valutare sempre e comunque prevalente l'interesse ad impedire prezzi discriminatori: significa in altri termini assoggettare a misurazione e bilanciamento qualsiasi tipo di interesse coinvolto da comportamenti restrittivi della concorrenza; e reciprocamente precludere un giudizio di valore che consideri alcuni interessi (come quello a non subire discriminazioni) comunque prevalenti rispetto ad altri (come quello all'incremento degli investimenti nella ricerca). In questa prospettiva la Corte di giustizia non si limita a dare ingresso alla *rule of reason* in fattispecie precedentemente colpite da divieti *per se*, ma in realtà considera comunque illegittima l'imposizione di divieti *per se* (se si vuole, paradossalmente, il divieto *per se* è da considerare *per se* illegittimo).

Prescindo ora dalle critiche (largamente condivisibili) mosse ad un'applicazione del diritto *antitrust* orientata ad una misurazione degli effetti positivi e negativi di un determinato comportamento sul benessere collettivo (Denozza). Con specifico riferimento al caso Glaxo, mi chiedo soltanto se sia compatibile con l'assetto istituzionale dell'Unione europea una "espropriazione" del potere della Commissione di imporre divieti fondati su giudizi di valore che diano ad alcuni interessi assoluta prevalenza rispetto ad altri. Sotto questo profilo la questione appare in effetti delicata, e coinvolge competenze specifiche degli studiosi del diritto dell'Unione europea. Non paiono comunque certo sufficienti al riguardo le ripetute precisazioni della Corte e del Tribunale, secondo cui l'annullamento della decisione per carenza di motivazione lascia impregiudicato il potere della Commissione di valutare nel merito la fattispecie. In realtà la scelta di applicare un divieto secondo una regola *per se* anziché attraverso un bilanciamento può essere considerata come una valutazione di merito della Commissione, almeno fino a quando non venga dimostrato (e argomentato con rigore) che gli stessi divieti *per se* sono incompatibili con le norme del Trattato. Suscita allora un certo disagio la soluzione implicita nel caso Glaxo, secondo cui sarebbe illegittima l'applicazione di divieti *per se* sin qui costantemente e pacificamente ricavati dall'interpretazione convergente delle norme del Trattato relative tanto alla libera circolazione delle merci, quanto alla concorrenza. Ed anche sotto questo profilo mi pare che la conclusione della Corte avrebbe richiesto motivazioni ben più forti.

6. Un terzo problema sollevato dalla decisione Glaxo riguarda il significato e la portata dell'obbligo di motivazione che grava sulla Commissione per giustificare il rifiuto dell'applicazione dell'eccezione legale dell'art. 101.3 TFUE. Già si è visto che nella prospettiva del bilanciamento la Commissione dovrebbe verificare gli effetti positivi che la restrizione determina sul piano dell'interesse all'incremento degli investimenti in ricerca. E' tuttavia ovvio che questi effetti sono futuri ed incerti, e devono necessariamente essere valutati in prospettiva prognostica e probabilistica. Ora è vero che l'applicazione dell'art. 101.3 TFUE ragionevolmente consente

una valutazione degli effetti positivi in chiave prognostica, vero è anche tuttavia che nel caso di specie questa valutazione sembra estremamente aleatoria. La probabilità di reinvestimento dei ricavi in attività di ricerca può forse anche essere stimata con una certa precisione sulla base dei comportamenti pregressi delle imprese: e non a caso proprio questa possibilità sembra assumere un rilievo centrale nella motivazione delle sentenze del Tribunale e della Corte. Un rigoroso giudizio di bilanciamento dovrebbe tuttavia ulteriormente quantificare l'aumento dei ricavi derivanti dal comportamento discriminatorio e la loro produttività marginale in termini di risultati della ricerca, in un contesto dove il calcolo della stessa produttività media della ricerca presuppone valutazioni prognostiche e probabilistiche. Il bilanciamento dovrebbe inoltre ulteriormente considerare (e questo aspetto è completamente trascurato dalle sentenze del Tribunale e della Corte) il vantaggio che gli investimenti in attività di ricerca specificamente producono per i consumatori discriminati, e compararlo con il danno da essi altrettanto specificamente subito per effetto dell'incremento dei prezzi. In questo contesto, a me pare che il carattere prognostico e probabilistico della valutazione trasformi il preteso bilanciamento da giudizio di "quantificazione" degli effetti positivi e negativi della restrizione in un giudizio di "valutazione" dell'accettabilità del rischio che la pratica restrittiva non determini effetti positivi netti per i consumatori discriminati. Se così è, tuttavia, la stessa distinzione fra divieti di per sé e regole della ragione diviene estremamente sfuggente. In una prospettiva di valutazione del grado di accettabilità del rischio, e specialmente in un contesto di aleatorietà dei risultati e della produttività marginale degli investimenti nella ricerca, non sembra irragionevole ritenere sempre e comunque inaccettabile qualsiasi rischio di pregiudizio che possa colpire differenti categorie di consumatori in misura diversa e discriminatoria: corrispondentemente a quanto tradizionalmente presupposto dalla ricostruzione di divieti *per se*. Ciò ad un tempo giustificerebbe il mancato accertamento e la mancanza di motivazione in ordine alla probabilità di effetti positivi. La mancata produzione di questi effetti rappresenta infatti un rischio obiettivamente sussistente, evidente *in re ipsa* per il contesto di incertezza che caratterizza gli effetti della restrizione, che potrebbe essere considerato in via generale inaccettabile.

In quest'ottica occorre d'altro canto chiedersi quale sia l'organo competente a determinare il grado di rischio di effetti negativi discriminatori accettabile per riconoscere l'applicabilità dell'eccezione legale. Una prima ipotesi di soluzione (a mio avviso preferibile) può ricondurre questo potere all'ambito delle valutazioni di merito del carattere restrittivo dell'intesa, ed attribuirlo perciò alla Commissione. In questa prospettiva non si comprenderebbe tuttavia perché alla Commissione dovrebbe essere preclusa la possibilità di considerare sempre e comunque inaccettabile il rischio di effetti negativi del comportamento discriminatorio. La soluzione così ipotizzata è allora in contrasto con le affermazioni della giurisprudenza Glaxo. In alternativa è ipotizzabile che il grado di rischio accettabile di effetti negativi del comportamento discriminatorio debba essere determinato in base alle norme del Trattato, interpretate secondo i criteri stabiliti dalla Corte. In questa prospettiva peraltro la Corte e il Tribunale non potrebbero limitarsi a considerare accettabile un

“certo” grado di rischio di effetti negativi, ma dovrebbero definire direttamente “il” livello di rischio di effetti negativi accettabile per l’applicazione dell’eccezione legale dell’art. 101.3 TFUE; ed il tradizionale divieto di per sé non sarebbe sostituito da una *rule of reason*, ma lascerebbe il posto ad una diversa regola pur sempre per *se* (ancorché fisiologicamente di interpretazione problematica, come tutte le norme dotate di un sia pur minimo grado di astrattezza) che porterebbe a considerare sempre lecite le intese caratterizzate da effetti negativi contenuti entro un certo livello di rischio. Nemmeno questa soluzione risulta tuttavia accolta dalla Corte di giustizia, che a più riprese riconferma il potere esclusivo della Commissione di valutare nel merito gli effetti restrittivi, e perciò (implicitamente, in un contesto di incertezza) anche l’accettabilità del rischio di effetti netti negativi per i consumatori discriminati. La Corte quindi da un lato nega alla Commissione il potere di considerare in via generale inaccettabile il rischio di effetti negativi per i consumatori discriminati, ma ad un tempo non entra nel merito della valutazione del grado di questa accettabilità. Una conclusione del genere non sembra tuttavia condivisibile, in quanto determina la più assoluta incertezza sull’estensione degli obblighi di accertamento e motivazione della Commissione in ordine al rischio di effetti netti negativi della pratica.

In un contesto di aleatorietà ed incertezza in ordine agli effetti positivi della restrizione, ed ai relativi destinatari, qualsiasi valutazione della Commissione riflette in ultima analisi l’incapacità di determinare analiticamente le conseguenze del comportamento, ed esprime perciò un giudizio sulla probabilità (o improbabilità) di determinazione di futuri vantaggi per i consumatori. Un giudizio di questo tipo si espone inevitabilmente a critiche di insufficiente motivazione relativamente ad effetti positivi che la Commissione non ha voluto accertare proprio in quanto ritenuti improbabili e conseguentemente non verificabili. Né credo varrebbe qui replicare (sulla falsariga di alcuni passaggi della giurisprudenza Glaxo) che l’onere di motivazione sarebbe pur sempre circoscritto alla necessità di prendere posizione sulle prove offerte dalle imprese. L’imposizione di un obbligo di motivazione generalizzato a tutte le prove offerte dalle imprese pone comunque la Commissione in posizione di difficoltà, in quanto non lascia spazio a motivazioni basate sulla incertezza delle conseguenze positive. Così ad esempio, le imprese potrebbero presentare pareri di esperti i quali dimostrino che la patologia da raffreddamento è avvertita particolarmente grave nel Regno Unito, che i consumatori del Regno Unito sono disposti a pagare per la cura del raffreddore prezzi superiori a quelli praticabili sul mercato spagnolo, e che prezzi più elevati praticati per i farmaci da raffreddamento nel Regno Unito sono giustificati dall’interesse dei relativi consumatori ad incrementare le risorse destinate alla ricerca di nuovi e più efficaci farmaci contro il raffreddore. Ora non credo che in questa situazione la Commissione dovrebbe motivare la propria decisione verificando la veridicità dei pareri di esperti; né credo che, in assenza di una puntuale confutazione del parere, la decisione contraria all’intesa di discriminazione dei prezzi sarebbe annullabile per insufficiente motivazione. Il giudizio negativo da parte della Commissione potrebbe semplicemente reggersi sul rilievo (del tutto ragionevole) per cui non è probabile che i sovrapprofitti realizzati

attraverso la discriminazione territoriale vengano investiti nella ricerca di nuovi farmaci contro il raffreddamento, né che questi nuovi farmaci saranno effettivamente sviluppati.

In questa prospettiva potremmo anche immaginare che l'obbligo di motivazione imposto alla Commissione possa esaurirsi in un puro e semplice richiamo delle prove prodotte dalle imprese, seguito dalla precisazione esplicita (ed insindacabile davanti alla Corte ed al Tribunale, almeno quando non palesemente irragionevole o contraddittoria) che queste prove non dimostrano con sufficiente probabilità l'esistenza di futuri effetti positivi della restrizione: ma allora le apparentemente rivoluzionarie affermazioni di Glaxo si risolverebbero in realtà nell'imposizione formalistica di una menzione delle prove addotte dalle parti, ferma restando la possibilità di negarne l'efficacia, senza dovere dare motivazioni specifiche ulteriori e diverse da quella fondata sull'improbabilità di effetti positivi. Le affermazioni della giurisprudenza Glaxo sembrano tuttavia volere imporre alla Commissione una verifica sostanziale in ordine alla probabilità che i fatti provati determinino nel futuro gli effetti positivi addotti dalle imprese: ed allora il caso Glaxo assume una portata non soltanto rivoluzionaria, ma addirittura tale da porre la Commissione in una posizione "diabolica". La mancata considerazione degli effetti positivi da parte della Commissione trova infatti la sua motivazione proprio nella valutazione di improbabilità di questi effetti. L'imposizione di un onere di verifica puntuale di eventuali effetti positivi si risolve perciò nella necessità di accertare e quantificare conseguenze che nel giudizio della Commissione non sono probabili, e perciò non sono né accertabili né (tanto meno) misurabili; con l'ulteriore corollario che la stessa Commissione non potrebbe mai fornire una motivazione sufficiente del carattere illecito dell'intesa. Più in generale, sorge l'impressione che l'obbligo di motivazione imponga alla Commissione un vero e proprio onere probatorio in ordine alla prevalenza degli effetti negativi dell'intesa rispetto a quelli positivi: onere che, se anche potesse essere in qualche misura rigorosamente assolto (attraverso tecniche che personalmente non riesco a individuare), difficilmente sembrerebbe compatibile con il sistema dell'art. 101.3 TFUE, così come attuato dall'art. 2 reg. 1/2003. Il sistema europeo sembrava precisamente orientato ad imporre alle imprese l'onere di provare non solo le conseguenze positive dell'intesa, ma anche la loro ricaduta e l'effetto netto sui consumatori. L'obbligo di motivazione imposto da Glaxo scarica invece sulla Commissione l'onere di quantificare la probabilità di effetti positivi dell'intesa, nonché di confrontare i vantaggi (futuri e incerti) con il pregiudizio (attuale e certo) dei consumatori discriminati.

7. Sin qui alcuni interrogativi e contraddizioni della decisione Glaxo. Mi pare tuttavia che queste contraddizioni siano sintomatiche di un errore di prospettiva, o forse più precisamente indicano che la decisione trova una giustificazione ben diversa e non riconducibile alla logica pretesamente sottostante alla *rule of reason*. Al riguardo in via generale i sostenitori della *rule of reason* valorizzano il contesto di incertezza degli effetti delle azioni sul mercato, e l'opportunità di non scoraggiare l'iniziativa delle singole imprese, per favorire la ricerca decentrata delle soluzio-

ni meglio rispondenti al “benessere collettivo”, in un contesto di conoscenze limitate (Polo). In tale prospettiva occorre tuttavia chiedersi quale sia l’iniziativa che l’applicazione della *rule of reason* alle discriminazioni territoriali dovrebbe favorire. Non credo che questa iniziativa possa consistere nella ricerca delle migliori soluzioni di discriminazione dei prezzi. Vero è che secondo alcune impostazioni la differenziazione dei corrispettivi potrebbe ampliare l’offerta, e precisamente potrebbe consentire la vendita a prezzi inferiori ai consumatori non disposti a pagare il prezzo superiore praticato in assenza di discriminazione. Per tale ragione alcuni potrebbero forse ipotizzare che la capacità delle imprese di allineare i prezzi sui livelli della curva della domanda costituisca una manifestazione di iniziativa imprenditoriale meritevole di tutela e idonea a giustificare l’applicazione della *rule of reason*. L’ipotesi mi pare tuttavia univocamente smentita dalla scelta “politica” del legislatore di ricomprendere fra i divieti *antitrust* gli accordi e le pratiche tendenti ad imporre condizioni dissimili per prestazioni equivalenti. L’opportunità di questa scelta politica dal punto di vista dei principi generali di efficienza economica potrà anche sembrare discutibile, ma non credo che l’interpretazione del diritto positivo possa prescindere. La visione politica del legislatore del Trattato implica allora anzitutto che l’efficienza dell’iniziativa deve essere misurata in base alla capacità delle imprese di comprimere i costi di produzione, non di aumentare i profitti attraverso prezzi discriminatori. Il divieto di discriminazione dell’art. 101.1 TFUE perderebbe ogni giustificazione in un contesto in cui la capacità di introdurre prezzi differenziati costituisca manifestazione di iniziativa imprenditoriale riconosciuta e protetta dall’ordinamento *antitrust*. Né d’altro canto credo che la scelta politica sottostante all’art. 101.1 possa essere contraddetta da un’interpretazione dell’art. 101.3 TFUE che misuri i vantaggi dei consumatori in base alla capacità delle imprese di aumentare i propri profitti attraverso comportamenti discriminatori.

Quest’ultima conclusione potrebbe sembrare a prima vista ovvia. Credo tuttavia che la sua enunciazione espressa sia opportuna, in quanto utile a “smascherare” l’ideologia sottostante alla lettura di Glaxo in chiave di “continuità” rispetto alle precedenti esperienze di applicazione (*in primis*, con riferimento ai contratti leganti) della *rule of reason* nel settore dell’innovazione tecnologica. Alla luce delle considerazioni svolte appaiono infatti meri artifici retorici i tentativi di giustificare una *rule of reason* in base all’interesse alla valorizzazione dell’iniziativa imprenditoriale e del processo decentrato di scoperta di nuove soluzioni e bisogni dei consumatori. Il giudizio di legittimità della restrizione territoriale non può reggersi sull’interesse a premiare l’iniziativa imprenditoriale diretta a ricercare e scoprire le tecniche più efficienti di discriminazione dei consumatori: perché l’ordinamento *antitrust* vuole anzi colpire questa discriminazione. D’altro canto non credo che la *rule of reason* possa giustificarsi in funzione dell’iniziativa di ricerca dei prodotti caratterizzati da curve di domanda differenziate da stato a stato, e per i quali esistono maggiori possibilità di offerta a condizioni discriminatorie. La realizzazione di un mercato unico trova la propria ragion d’essere nell’interesse all’uniformità delle condizioni economiche d’offerta, così che la ricerca di tecnologie suscettibili di vendita per prezzi differenziati da stato a stato appare in contrasto con i valori di

utilità sociale sottostanti all'unificazione realizzata dal Trattato. Né l'interesse a premiare l'iniziativa delle imprese più abili a discriminare, né quello a incentivare la ricerca e sviluppo di tecnologie suscettibili di offerta a condizioni economiche differenziate, appaiono quindi coerenti con la visione politica del legislatore europeo: e non sorprendentemente del resto nessuno di questi interessi è menzionato dalle sentenze della Corte e del Tribunale nel caso Glaxo.

In questa prospettiva emerge allora il "salto logico" che caratterizza Glaxo rispetto ai precedenti tentativi di giustificare la *rule of reason*, specialmente con riferimento ai contratti leganti. L'offerta "legante" di una nuova tecnologia può infatti sempre astrattamente presupporre un'iniziativa individuale di ricerca e scoperta di una soluzione che, proprio per la capacità di integrare le funzionalità di differenti prodotti, risulta preferibile rispetto alle offerte concorrenti e vantaggiosa per i consumatori: di qui una possibile giustificazione della *rule of reason* funzionale a non scoraggiare questi tipi di iniziativa. La discriminazione territoriale invece nulla dice sulla superiorità della tecnologia rispetto a quelle concorrenti, o al più è indice sintomatico di un'iniziativa individuale di ricerca di soluzioni (efficienza nella discriminazione, investimento in tecnologie per cui i consumatori degli stati membri hanno differenti propensioni all'acquisto) antitetiche ai valori del diritto *antitrust* europeo. Vero è che i sovraprofiti realizzati attraverso la discriminazione territoriale possono astrattamente aumentare la propensione delle imprese a intraprendere iniziative di ricerca e sviluppo. Vero è anche tuttavia che questo effetto incentivante si produce sull'intero sistema delle imprese attive nel settore della ricerca, mentre non influenza "al margine" le iniziative individuali maggiormente rispondenti ad obiettivi di "benessere collettivo". In particolare l'applicazione della (pretesa) *rule of reason* non premia la capacità individuale di ciascuna impresa di adottare iniziative di ricerca e sviluppo nell'interesse dei consumatori, ma avvantaggia tutti gli imprenditori, indipendentemente da qualsiasi giudizio di rispondenza all'interesse dei consumatori di un'iniziativa rispetto ad un'altra.

Credo perciò che la giurisprudenza Glaxo smascheri l' "ideologia" dell'iniziativa individuale, ed evidenzi l' "effettività" di una visione "politica": per la quale l'aumento dei profitti delle imprese è sempre giustificato dall'interesse ad aumentare gli investimenti in ricerca. Questa visione rinuncia quindi a premiare l'iniziativa individuale, e persegue invece la massimizzazione di una grandezza economica aggregata, rappresentata dalle dimensioni complessive dell'attività di ricerca e sviluppo. L'impostazione così ricostruita potrà anche sembrare coerente ad un clima culturale caratterizzato dalla tralaticia affermazione secondo cui l'industria europea deve concentrare le proprie attività sui prodotti ad alta tecnologia, lasciando ad altri paesi le produzioni più tradizionali; nonché al comunemente riconosciuto particolare rilievo sociale della ricerca nel settore farmaceutico. E' anche possibile che la rilettura di Glaxo in questa chiave consenta di superare gli interrogativi precedentemente sollevati in ordine all'aleatorietà dei benefici della restrizione ed all'assoluta incertezza delle categorie dei consumatori beneficiari. In una prospettiva "sistemica" di interesse alla massimizzazione degli aggregati, è forse lecito non andare troppo per il sottile in ordine alla puntuale dimostrazione

dei benefici della restrizione ed alla individuazione dei soggetti beneficiari, e concludere che un incremento complessivo dei ricavi delle imprese nel settore dell'innovazione può ragionevolmente determinare un parallelo incremento del volume aggregato degli investimenti e del beneficio (pure aggregato) dei consumatori. Questa conclusione dovrebbe tuttavia essere chiaramente esplicitata, e non nascosta dietro vuote affermazioni di principio apparentemente di senso contrario: come quella secondo cui Tribunale e Corte non intendono sostenere che qualsiasi incremento dei ricavi delle imprese innovatrici si traduce in un vantaggio in termini di ricerca e sviluppo, ma impongono soltanto alla Commissione di verificare le politiche di reinvestimento delle imprese (e anche qui in realtà potremmo chiederci perché una diversa politica di massiccia distribuzione di dividendi ai soci non dovrebbe comunque determinare effetti positivi, sotto il profilo della maggiore possibilità di attrazione di capitali da parte delle imprese del settore della ricerca).

Più in generale mi pare comunque che la sentenza Glaxo così riletta rimanga criticabile. L'interesse alla massimizzazione degli aggregati non è normalmente ritenuto rilevante per l'applicazione del diritto *antitrust* (Toffoletti). La valorizzazione di questo interesse darebbe al diritto della concorrenza una connotazione essenzialmente dirigistica, fra l'altro antitetica all'ideologia professata dai sostenitori della *rule of reason*. Anche nei settori, come quello delle cure sanitarie, che maggiormente coinvolgono la sensibilità sociale, dovremmo chiederci perché il perseguimento di finalità di interesse generale dovrebbe essere delegato alle imprese, e comportare il sacrificio di interessi pure socialmente rilevanti, come quelli alla parità di trattamento dei consumatori. La mancata esplicitazione di eventuali interessi sociali sottostanti alla decisione Glaxo accentua poi il rischio di ingiustificate discriminazioni, in quanto i principi affermati potrebbero essere generalizzati in qualsiasi contesto dell'economia dell'innovazione, e portare alla conclusione che qualsiasi prezzo imposto ai consumatori può essere giustificato dall'interesse a remunerare le attività di ricerca e sviluppo, di fatto indipendentemente da qualsiasi reale esigenza di tutelare l'iniziativa individuale e i meccanismi decentrati di ricerca di soluzioni conformi al benessere collettivo.

8. Alla luce delle considerazioni esposte la decisione Glaxo non può e non deve a mio avviso costituire un precedente significativo per la soluzione del problema relativo all'ammissibilità delle discriminazioni territoriali; né contiene principi utilizzabili in via generale per impostare la questione del bilanciamento fra effetti positivi e negativi degli accordi (o degli abusi di posizione dominante) restrittivi della concorrenza. E' tuttavia forse ragionevole concedere alla Corte un margine di manovra che le conceda una "ritirata onorevole", rileggendo le affermazioni di Glaxo secondo una prospettiva che ne riduca fortemente la portata. L'applicazione della *rule of reason* è in particolare forse accettabile qualora le imprese dimostrino che in assenza di discriminazione territoriale non sarebbe possibile remunerare gli investimenti sostenuti per la ricerca e lo sviluppo di uno specifico farmaco attualmente realizzato e venduto sul mercato. In questa prospettiva la discriminazione territoriale sarebbe giustificata non in funzione di una generica esigenza di remunere-

razione della futura attività di ricerca, ma in funzione dell'interesse a garantire la redditività delle ricerche precedentemente svolte e concluse.

Questa impostazione mi parrebbe sottrarsi a molte delle precedenti obiezioni sollevate contro la giurisprudenza Glaxo. La *rule of reason* potrebbe qui fondarsi su una rigorosa applicazione dell'onere della prova in capo alle imprese, che dovrebbero documentare gli investimenti specificamente effettuati in passato; dovrebbero ulteriormente dimostrare che i prezzi imposti dalle pubbliche autorità di uno stato membro non consentirebbero la remunerazione di questi investimenti; ed infine dovrebbero provare che una remunerazione è possibile soltanto restringendo le importazioni verso i paesi dove le pubbliche autorità hanno fissato prezzi più elevati e sufficientemente remunerativi. Credo anzi che un sistema del genere darebbe molte maggiori garanzie di affidabilità in ordine alla necessità delle restrizioni territoriali dal punto di vista dell'interesse alla remunerazione dei costi della ricerca. In un sistema in cui le imprese hanno la possibilità di introdurre restrizioni territoriali per remunerare gli investimenti sostenuti in passato nella attività di ricerca, verrebbe meno ogni ragion d'essere di valutazioni prognostiche in ordine agli investimenti futuri, per i quali le imprese potrebbero ragionevolmente attendersi possibilità di remunerazione in un periodo a sua volta futuro. In altri termini: non si vede perché un meccanismo di incentivazione degli investimenti futuri dovrebbe basarsi su un incremento dei profitti ricavabili dai risultati delle ricerche passate (come sembra presupporre la giurisprudenza Glaxo), anziché di quelle future (secondo la prospettiva qui proposta).

Vero è che anche il meccanismo di *rule of reason* qui proposto non sarebbe in linea con la giurisprudenza tradizionale in materia di libera circolazione delle merci, e con la passata elaborazione del principio dell'esaurimento in termini di rigida *rule*. Rinvio qui tuttavia a quanto ho sostenuto in altre sedi, per evidenziare che la *rule* dell'esaurimento presenta in effetti alcuni profili di eccessiva rigidità, frutto fra l'altro dell'origine storica di questo principio, inizialmente elaborato dai legislatori nazionali in funzione di interessi diversi da quelli del mercato concorrenziale. Credo infine che la *rule of reason* così ipotizzata non possa a sua volta essere interpretata secondo un rigido criterio di incondizionata liceità delle restrizioni territoriali necessarie alla remunerazione delle precedenti attività di ricerca, ed anzi ritengo che al riguardo la Commissione mantenga i suoi poteri di valutazione discrezionale del merito delle singole situazioni. Non può in particolare escludersi aprioristicamente che il "prezzo della discriminazione" sia comunque troppo elevato e non tollerabile nemmeno in funzione dell'interesse alla remunerazione dell'attività di ricerca. In questa prospettiva una valutazione di illegittimità di restrizioni territoriali pur indispensabili alla remunerazione delle attività di ricerca potrebbe comunque giustificarsi proprio per disincentivare attività destinate a soddisfare bisogni avvertiti in misura diversa nei differenti paesi dell'Unione europea, e per i quali i consumatori dei diversi stati membri non sono disposti a pagare prezzi uniformi. Una conseguenza del genere può in effetti risultare difficilmente accettabile nel settore dei farmaci, e specialmente in un contesto di prezzi regolamentati: dove da un lato le discriminazioni possono derivare non da decisioni imposte unilateralmente



dalle imprese, ma da valutazioni delle pubbliche autorità di regolamentazione del mercato; e dove d'altro canto può risultare intollerabile il rischio che, in assenza di discriminazione, i prodotti vengano venduti soltanto nei paesi caratterizzati da livelli di prezzi più elevati, escludendo i consumatori dei paesi dove i prezzi imposti dalle autorità sono inferiori. La legittimità della discriminazione (pur funzionale alla remunerazione dei costi della ricerca) potrebbe invece essere assai più dubbia in assenza di meccanismi di prezzi imposti, e soprattutto in settori diversi da quello farmaceutico, che presentano minori profili di sensibilità sociale.

La prospettiva qui proposta infine consapevolmente rifiuta l'idea che l'applicazione del diritto *antitrust* debba necessariamente ispirarsi all'interesse alla massimizzazione degli investimenti nell'attività di ricerca e sviluppo. Il livello di questi investimenti deve piuttosto essere determinato dalla dinamica del mercato. Il concetto di mercato a sua volta deve essere definito non sulla base di una aprioristica nozione di efficienza, ma alla luce delle scelte politiche compiute dal legislatore. La giurisprudenza Glaxo rinnega in particolare una scelta politica che la passata interpretazione delle norme del Trattato considerava pacifica: e cioè la scelta politica favorevole ad un modello di mercato caratterizzato dalla assoluta assenza di discriminazioni territoriali. Il ripensamento di questa scelta presupporrebbe tuttavia motivazioni forti proprio sul piano politico, del tutto assenti nella giurisprudenza Glaxo. Il caso Glaxo nasconde in realtà l'assenza di motivazioni politiche dietro lo schermo di pretese motivazioni tecniche. Le contraddizioni in cui Glaxo ricade proprio sul piano tecnico costituiscono perciò la migliore riprova dell'erroneità delle impostazioni tendenti a dare al diritto *antitrust* una lettura svincolata dalle norme che esprimono l'indirizzo politico del legislatore.

#### Riferimenti bibliografici

Colangelo, *Farmaci, commercio parallelo e obiettivi dell'antitrust: il caso "Glaxo"*, in *Foro it.*, 2007, IV, 38.

Denozza, *Antitrust*, Bologna, 1988.

Denozza, *Pratiche anticoncorrenziali e bilanciamento degli effetti tra benessere ed equità*, in *Riv. it. econ.*, suppl. 2005, 49.

Desogus, *Il caso Glaxo: la fine del commercio parallelo di farmaci in Europa?*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 97.

Desogus e Lamandini, *Il commercio parallelo di farmaci e la sentenza Glaxo II della Corte di giustizia: back to basics*, in *Studi in memoria di Paola Frassi*, Milano, 2010, 179.

Drexl, *Real knowledge is to know the extent of one's own ignorance: on the consumer harm approach in innovation-related competition cases*, 76 *Antitrust L.J.* 677 (2010).

Polo, *Regole rigide e regole flessibili nelle politiche di tutela della concorrenza*, in *Riv. it. econ.*, suppl. 2005, 15.

Sarti, *Diritti esclusivi e circolazione dei beni*, Milano, 1996.

Toffoletti, *Progresso tecnico e bilanciamento di interessi nell'applicazione dei divieti antitrust*, Milano, 2009.

Corte di giustizia, 6 ottobre 2009, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, *Glaxo*.

Tribunale, 27 settembre 2006, T-168/01, *Glaxo*.

Commissione, 8 maggio 2001, 2001/791/CE, *Glaxo*, in *GUCE* 17.11.2001, L 302, p. 1.